La justice transitionnelle est-elle compatible avec les principes constitutionnels reconnus dans un nouvel État de droit ?

Xavier Philippe
Professeur de droit public
Directeur de l'Institut Louis Favoreu – GERJC
Université Paul Cézanne – Aix-Marseille III

(Introduction) – Si les transitions démocratiques sont devenues un sujet à la mode en droit constitutionnel comparé, l'attention s'est majoritairement portée sur l'écriture constitutionnelle et sur les institutions de la transition. La justice transitionnelle reste un sujet connu mais trop souvent laissé aux spécialistes du droit pénal ou du droit international des droits de l'Homme quand ce n'est pas à quelques chercheurs isolés[1]. Or, cette dernière implique directement le droit constitutionnel par sa complexité et ses enjeux au regard de la construction ou de la reconstruction du nouvel État de droit. La justice transitionnelle est une composante de la transition dans laquelle l'État sortant d'une période de conflit ou de crise instaure les fondements du nouvel État de droit[2].

Un double mouvement semble s'être instauré : d'un côté, la justice transitionnelle, par sa logique même, est susceptible de porter directement atteinte aux principes constitutionnels sur lesquels se fonde le nouvel État de droit ; de l'autre, l'ancrage de l'Etat de droit et des principes constitutionnels sur lesquels ce dernier est fondé ne peut souvent guère se passer de la justice transitionnelle.

(Définition de la justice transitionnelle) – La principale difficulté d'une telle entreprise repose sur la définition des termes « justice transitionnelle ». Si l'ensemble des experts sur le sujet s'accordent pour reconnaître qu'il s'agit du « traitement réservé à la notion de justice dans les périodes de transition »[3], force est de constater que les

[1] Sur l'ensemble de cette question on consultera l'ouvrage de Neil. J. Kritz *Tranisitional Justice*, 3 volumes et plus particulièrement le volume 2 *Country studies*, United States Institute of Peace Press, 1997 ; Il n'existe que peu d'ouvrages généraux en français sur la justice transitionnelle. V. Cependant P. Hazan « juger la guerre, juger l'histoire », PUF, 2007 ; E. Jaudel « Justice sans châtiment – Les commissions Vérité-Réconciliation » Odile Jacob, 2009. Dans la littérature anglophone on pourra consulter notamment Ruti G. Teitel *Transitional Justice,* OUP 2000 ; M. Minow *Between Vengeance and Forgiveness*, Beacon Press 1998, Priscilla B. Hayner " *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994 :a comparative study* ", *Human Rights Quarterly*, vol. 16, n°4 (1994), pp. 600-655; C. Bassiouni (sous la dir. de) « *The Pursuit of International Criminal Jsutice : A world study on Conflicts, Victimization and Post-conflict justice"*, Intersentia, 2010 (2 vol.).

[2] V. en ce sens notre étude « *Brèves réflexions sur les relations entre « justice transitionnelle » et Constitution »*, Renouveau du droit constitutionnel, Mélanges L. Favoreu, LGDJ 2007.

[3] V. Marc Freeman et Dorothée Marotine : http:/www.ictj.org/images/contents/7/5/752pdf « Qu'est-ce que la justice transitionnelle ? » International Center for Transitional Justice, 19 novembre 2007. *« Généralement, la justice transitionnelle est axée sur la manière dont les sociétés en transition de la guerre à la paix ou d'un régime autoritaire à la démocratie peuvent et ont abordé le legs des exactions massives »*. La définition retenue dans le rapport du Secrétaire Général des Nations Unies est sensiblement plus large : il s'agit de *« l'éventail complet des divers processus et mécanismes mis en œuvre par une société pour tenter de faire face à des exactions*

avis divergent pour en déterminer les limites. Dans le cadre de cette contribution, nous avons choisi de faire entrer dans la définition de la justice transitionnelle, l'ensemble des processus judiciaires ou/et parajudiciaires qui cherchent à atteindre les buts classiques de la justice autour du triptyque : « vérité, responsabilité, sanction »[4].

Cette définition reste évidemment critiquable mais se fonde sur le réalisme qu'imposent les situations de transition : si la justice pénale doit normalement fonctionner en période post-conflictuelle, elle ne remplit souvent pas la fonction qui lui est assignée pour des raisons tenant au caractère exceptionnel de la transition. Le recours à d'autre formes de justice, plus innovantes, devient alors une nécessité fondée sur le devoir d'apporter des réponses adaptées tant pour les victimes que pour la société qui se doit de lutter contre l'impunité. Sera donc englobé dans cette contribution l'ensemble de ces processus même si ceux considérés comme innovants sont susceptibles de générer davantage de conflits avec les principes constitutionnels du nouvel État.

(La justice transitionnelle au sein de la transition démocratique – les liens entre « transition – démocratie et justice ») – Le « besoin de justice » dans les périodes de transition démocratique fait à la fois partie des revendications de différents groupes de victimes mais également de la nécessité pour le nouveau régime démocratique à démontrer sa capacité à répondre à ce traitement du passé qu'elle doit affronter sans nécessairement connaître les moyens d'y parvenir[5]. Trois idées concomitantes mais parfois contradictoires doivent être conciliées. D'une part, la reconstruction de l'État passe par le besoin de lutter contre l'impunité à l'égard des atteintes souvent nombreuses et massives aux droits fondamentaux commises durant la période de crise ou de conflit. D'autre part, la reconstruction de l'État impose souvent la restauration ou la création d'un système normatif fiable et cohérent qui constitue la nouvelle « règle commune » pour l'ensemble des individus et institutions, qu'elles soient publiques ou privées. Enfin, cette nécessaire reconstruction de l'État impose également une reconstruction des structures (services publics, infrastructures) qui

---

massives commis dans le passé, en vue d'établir les responsabilités, de rendre la justice et de permettre la réconciliation » Rapport du Secrétaire Général des Nations Unies présenté devant le Conseil de Sécurité intitulé *Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, Doc S/2004/616 du 23 août 2004.

[4] A-M La Rosa & X. Philippe « Justice Transitionnelle », Lexique des Nations-Unies sur la construction de la Paix, pp.260-273, Bruylant, 2009.

[5] V. en ce sens Priscilla B. Hayner " *Fifteen Truth Commissions – 1974 to 1994 :a comparative study* ", *Human Rights Quarterly*, vol. 16, n°4 (1994), op.cit. pp. 600-655.

conditionne le développement économique, seul garant de stabilité à moyen et long termes. La difficulté de la transition ne provient pas tant de la connaissance et de la compréhension de ces objectifs que de leur prise en compte et réalisation simultanés. Dans ce panorama, la justice occupe souvent –au-delà des discours officiels- un rang souvent secondaire et demande surtout une énergie qu'il n'est pas toujours possible de rassembler. L'ordre des priorités qui s'établit la laisse souvent démunie en termes de ressources et d'inventivité. Or, la diversité des transitions, le caractère de plus en plus complexe des relations entre les parties à la fin du conflit génèrent souvent, au-delà des intentions initiales, une volonté davantage fondée sur l'enfouissement du passé que sur la recherche et l'identification des responsabilités.

(La justice transitionnelle dans la Constitution et face à la Constitution) – L'une des questions récurrentes concernant les relations qu'entretiennent la justice transitionnelle et la Constitution repose sur la place qu'elle occupe au regard de la Constitution elle-même. On peut à cet égard discerner deux aspects. D'une part, la justice transitionnelle peut être intégrée au processus constitutionnel : elle fait partie des négociations constitutionnelles et à ce titre constitue un élément du *« pacte constitutionnel »* conclu entre les parties au processus de normalisation constitutionnelle. Il faut ici souligner le caractère par essence temporaire de cette justice : en conséquence, sa consécration constitutionnelle correspond à la reconnaissance d'une solution spécifique à la transition. Elle n'est pas destinée à durer. D'autre part, la justice transitionnelle doit également être compatible avec le contenu de la Constitution : elle constitue certes un régime dérogatoire en termes de « justice », mais cette reconnaissance n'implique pas pour autant que la Constitution doive abdiquer toute forme d'exigence et de contrôle à l'égard du processus lui-même et de son contenu. La question du respect des droits fondamentaux se trouve directement posée par la justice transitionnelle car, par son essence même, elle implique une atteinte à certains droits fondamentaux dont les constituants admettent la limitation ou la suspension au nom de l'établissement ou du rétablissement de l'État de droit. Les droits, tant de l'auteur des violations (accusé) que ceux des victimes, sont en quelque sorte « rognés » au nom de la volonté des acteurs du processus d'instauration de l'État de droit de sortir du conflit ou de la crise[6]. La

[6] V. En ce sens P. Hazan « juger la guerre, juger l'histoire », op. cit. pp. 61 et s.

transition négociée impose ainsi de minorer le standard de protection habituel ou futur au nom du règlement du conflit et de l'instauration d'un régime stable.

Les réflexions qui suivent s'inscrivent dans une perspective de réflexion sur l'articulation entre justice transitionnelle et Constitution. Elles doivent davantage être considérées comme des interrogations que comme des certitudes. Compte tenu du format de cette communication, les questions évoquées chercheront à mettre en exergue les problèmes récurrents durant les périodes de transition sans pour autant minimiser le poids de la spécificité de chacune d'entre elles[7].

1. La justice transitionnelle confrontée au respect des droits fondamentaux : du droit à la justice et du droit au recours (le droit de savoir)

(La compatibilité du traitement réservé aux violations passées au regard des normes existantes) – L'une des premières difficultés rencontrées par les processus de justice transitionnelle lorsqu'ils s'insèrent dans un nouvel environnement constitutionnel consiste à s'interroger sur leur compatibilité avec les exigences du nouvel État de droit en matière de droits et libertés fondamentaux. Cependant, par son essence même, la justice transitionnelle – tout en cherchant le chemin de la compatibilité avec le respect des droits fondamentaux - se heurte souvent à leur application conforme en raison des dilemmes qu'elle rencontre. Rendre la justice dans un environnement post-conflictuel est souvent un exercice obligeant à des compromis qui doivent s'affranchir du respect des nouvelles règles de l'État de droit. Les droits fondamentaux de la victime mais également ceux de l'auteur des violations sont en première ligne.

La justice transitionnelle constitue à elle seule un compromis dans la mesure où elle part du constat que la justice ordinaire (pénale et civile) est impossible à mettre en œuvre dans la situation post conflictuelle pour gérer et traiter les violations commises durant la période de crise ou le conflit. On pourrait penser que le choix de poursuivre les auteurs de crimes et de réparer les dommages qu'ont pu subir les victimes est

[7] Les expériences de justice transitionnelle sont aujourd'hui de près d'une quarantaine. Elles ont notamment concerné l'Argentine, la Bolivie, le Tchad, le Timor Leste, l'Equateur, le Salvador, l'Allemagne, le Ghana, le Guatemala, Haïti, le Népal, le Nigeria, le Panama, le Pérou, les Philippines, la Serbie & Monténégro, la Sierra Leone, l'Afrique du Sud, la Corée du Sud, le Sri Lanka, l'Ouganda, l'Uruguay, le Zimbabwe. Certaines ont constitué des échecs, d'autres des succès. Les expériences les plus récentes ont pu éviter les erreurs des premières expériences. Cependant chaque expérience reste unique et ses caractéristiques guidées par leur contexte d'intervention.

simplement une question de volonté. En réalité, il n'en est rien car la situation post conflictuelle est toujours exceptionnelle. Ce n'est que lorsque la justice ordinaire ne peut pas fonctionner que la question de la justice transitionnelle se pose. À cet égard, la justice transitionnelle apparait comme une victoire sur la lutte contre l'impunité car elle constitue aujourd'hui le « standard de discussion » dans les négociations de paix et remplace l'amnistie générale qui constitue « l'ennemi public n°1 » en matière de transition post conflictuelle[8].

Quels types de violations peut-on relever dans les conflits armés ou les situations de crise aiguës ?

(Les violations durant le conflit) – Les violations commises durant ces périodes troublées se caractérisent souvent par leur caractère général et leur caractère systématique. Il est évidemment difficile de regrouper sous une rubrique générale l'ensemble de ces violations tant elles sont liées à la particularité de chaque situation mais on doit souligner leurs caractères communs.

Ces violations se caractérisent tout d'abord par leur caractère *massif*. Le nombre est l'une des raisons pour laquelle le système judiciaire ordinaire ne peut répondre - avec les moyens dont il dispose – à la demande auquel il est confronté. Cette situation est compréhensible mais pose au nouveau système constitutionnel émergent à la fin du conflit la question du traitement de ces violations. Paradoxalement, leur caractère massif les rend plus difficiles à réprimer[9]. Ce sont souvent des meurtres, exterminations, exécutions arbitraires, actes de torture ou de barbarie, disparitions forcées, déplacement de populations… La liste est longue et trop bien connue pour qu'une longue énumération soit nécessaire.

Le caractère massif des violations commises se double ou alterne avec un autre phénomène : le caractère *systématique* des atteintes. Le nombre n'est plus nécessairement un critère (encore qu'il le soit souvent en combinaison avec le caractère examiné !) mais les violations s'inscrivent dans la durée et dans leur répétition dès qu'une personne appartient à un « groupe cible ». Le nombre devient accessoire et se trouve conforté ou remplacé par une sorte d'acharnement

---

[8] V. en ce sens le constat fait dans le rapport du Secrétaire Général des Nations Unies présenté devant le Conseil de Sécurité intitulé *Rétablissement de l'État de droit et administration de la justice pendant la période de transition dans les sociétés en proie à un conflit ou sortant d'un conflit*, op.cit, spéc. pp. 13 & 24.

[9] Ceci s'explique souvent par l'absence d'adaptation du système judiciaire à la situation rencontrée. La faillite de l'État ancien, la corruption des juges ou le manque d'expérience sont des explications fréquentes dans ces situations

obsessionnel à la répression de situations similaires impliquant les membres de ces groupes.

À ce stade, deux éléments méritent d'être soulignés : d'une part, ces violations se concentrent autour de ce que l'on appelle souvent les « droits fondamentaux indérogeables », c'est-à-dire ceux qui sont au cœur de la *fondamentalité* des droits de l'Homme et ne peuvent être suspendus quelles que soient les circonstances[10] ; d'autre part, les violations en question constituent déjà, au moment de leur commission, une méconnaissance du droit existant. Ces actes ne découlent peut-être pas nécessairement d'une reconnaissance des droits fondamentaux (quoique cela soit possible !) mais sont, à tout le moins, prohibés par le droit pénal de l'État : nul système juridique n'autorise de tels comportements criminels ! Cela ne signifie pas qu'ils ne soient pas réprimés.

(Les violations analysées à l'issue du conflit) - Les crimes dont il s'agit sont autant de violations des droits fondamentaux que la nouvelle Constitution s'empresse de protéger[11]. Ces violations peuvent-elles être réprimées dans le cadre du nouveau régime de transition en raison de leur antériorité à l'apparition de la nouvelle Constitution? Cette question n'est pas nouvelle et pose le problème de la rétroactivité de la protection des droits fondamentaux. Bien qu'il s'agisse d'un cadre différent, la reconnaissance *des crimes contre l'humanité* dans le Statut de Nuremberg à l'article 6 c) avait été confrontée à cette même problématique. Alors que les droits constitutionnels nationaux étaient évasifs ou muets, il avait déjà été admis en 1945 que la protection des droits fondamentaux existait formellement et qu'en conséquence, si la sanction n'était pas précisément définie, les éléments constitutifs du crime – c'est-à-dire la violation des droits fondamentaux les plus élémentaires : vie, intégrité, dignité – étaient déjà connus et suffisaient pour que les auteurs de ces violations soient conscients du caractère gravissime de leurs actes. Un même raisonnement pourrait être aisément tenu dans le cadre du nouvel ordre constitutionnel sans qu'il soit d'ailleurs nécessaire de s'appuyer sur les dispositions constitutionnelles nouvelles pour qu'une telle obligation soit reconnue.

En revanche, la question se pose plus directement de savoir si les droits procéduraux reconnus par la Cour constitutionnelle peuvent être invoqués pour

[10] V. en ce sens les *« Principes de Syracuse concernant les dispositions du Pacte international relatif aux droits civils et politiques qui autorisent des restrictions où des dérogations »*, du 28 septembre 1984, E/CN.4/1985/4, disponible sur: http://www.unhcr.org/refworld/docid/48abd56bd.html

[11] V. en ce sens à titre d'exemple le Constitution sud-africaine de 1996 , Loi n° 108 de 1996, chapitre 2.

contester le processus de justice transitionnelle[12]. Cette question possède une double dimension.

En premier lieu, les victimes peuvent ne pas s'estimer satisfaites du processus et du sort qui leur est réservé et souhaiter que la justice classique garantisse leur « droit au recours ». Souvent considérée comme une garantie prioritaire des régimes constitutionnels de transition qui prennent le contrepied des violations antérieurement commises, le droit au recours constitue pour les victimes la porte d'entrée de la concrétisation de leurs droits fondamentaux. Le contenu de ce droit est donc d'autant plus important à définir qu'il se situe rapidement au cœur du débat relatif à la justice transitionnelle. Il apparaît donc justifié que les victimes l'invoquent mais il doit être défini ou cerné rapidement. Si les catalogues de droits fondamentaux se contentent généralement d'une évocation de leur garantie, il appartient soit au juge constitutionnel, soit par défaut à l'organe de justice transitionnelle, d'examiner la compatibilité du processus à l'égard du droit au recours. Deux solutions se profilent : la première consiste à considérer le droit au recours dans son application extrême et l'adapter aux circonstances rencontrées : cela permet d'expliquer la signification particulière donnée à ce droit dans un contexte extraordinaire ; la seconde solution consiste au contraire à promouvoir un droit au recours « dérogatoire » lié lui-aussi au caractère anormal de la situation.

En second lieu, si les droits procéduraux des victimes doivent être respectés, ceux des auteurs des violations ne doivent pas l'être moins. Le retour à l'État de droit signifie d'abord et avant tout un respect complet de l'ensemble des normes par toutes les personnes physiques ou morales, privées ou publiques. En conséquence, les auteurs des violations ne manqueront pas de voir dans le processus de justice transitionnelle une forme de « règlement de compte » dont ils ne peuvent accepter le jeu s'ils ne possèdent pas la garantie que leurs positions et justifications seront entendues. Le *« droit au procès équitable »* est donc ici souvent mis en avant. Figurant parmi les droits fondamentaux reconnus par les catalogues des constitutions des transitions démocratiques[13], il est tout-à-fait logique qu'il constitue un droit invoqué par celles et ceux auxquels il peut bénéficier.

---

[12] V. en ce sens la décision de la Cour constitutionnelle sud africaine *AZAPO v. President of the Republic of South Africa,* 1996 (4) SA 562 (CC). V. égal. J.Dugard *Is the Truth and Reconciliation Process Compatible with International Law: An Unanswered Question?* South African Journal of Human Rights 1997, p. 259.

[13] V. par exemple la Cosntitution sud-africaine de 1996, Chapitre 2.

On soulignera toutefois que le paradoxe de ce débat autour des droits fondamentaux de procédure est principalement axé sur un processus de « justice transitionnelle » qui prend ses aises avec les garanties fondamentales accordées aux justiciables dans le cadre du procès pénal ou du procès civil. Par définition, le processus de justice transitionnelle ne peut être comparé à un processus de justice classique et doit en conséquence être évalué dans le respect de ces droits à l'aune de sa spécificité et de son caractère extraordinaire. La justice transitionnelle possède un caractère « a-normal », temporaire, impliquant des standards tant en matière de poursuites, que de réparations ou de répression qui ne peuvent pas être ceux d'une période normale ou ordinaire. En conséquence si ces droits fondamentaux procéduraux doivent être respectés, ils ne peuvent l'être que dans la logique de la transition et doivent faire l'objet d'une contextualisation et d'une adaptation. Il reste à savoir jusqu'à quel point cette adaptation peut être acceptable et acceptée ?

(Les violations commises au regard des catalogues de droits fondamentaux : quels droits ? Protégés par quels catalogues ?) – La protection des droits fondamentaux substantiels ne doit pas être en reste. Cette question est cependant - on l'a vu - plus complexe car elle impose une confrontation *ex-post* des droits reconnus par le nouveau régime démocratique à des faits qui se sont déroulés *ex-ante*. Si l'on peut moralement soutenir l'idée que le nouveau régime démocratique doit être le premier à montrer l'exemple et à assurer la garantie de ces droits fondamentaux essentiels, le respect du droit positif oblige à se montrer très prudent sur le recours direct à la garantie de ces droits[14]. Il apparaît donc nécessaire de lier le processus de justice transitionnelle au processus constituant pour ancrer le premier dans la logique du second : la justice transitionnelle constitue un moyen d'ancrer le processus dans la logique de la transition démocratique et non un moyen de se débarrasser facilement et à bon compte de questions encombrantes.

2. La justice transitionnelle confrontée au respect des droits fondamentaux des victimes des violations passées

(La protection des droits fondamentaux des victimes) – La justice transitionnelle telle qu'elle est aujourd'hui définie met un accent particulier sur les besoins des

[14] À moins que ces droits n'aient été - théoriquement - reconnus avant que le régime de transition ne se mette en place. Ceci n'est pas nécessairement illusoire car le droit de transition est une droit complexe

victimes[15]. Dire que les victimes placent la justice au centre de leur préoccupation est une évidence mais le sentiment de justice ne découle pas nécessairement de la justice judiciaire telle qu'elle peut être exercée. Le dilemme posé par la garantie des droits fondamentaux des victimes dans une période post-conflictuelle repose sur l'incapacité de la justice classique à fournir une réponse à leurs attentes. Les obstacles rencontrés ne permettent pas d'envisager sereinement une solution sous ce seul angle. De surcroît, la justice pénale - souvent considérée de façon excessive comme la seule forme de justice - reste concentrée sur la sanction de l'auteur des violations et non sur les besoins des victimes. Il est donc nécessaire en période post-conflictuelle de penser la justice autrement en y incluant la dimension des victimes. Cette question impose une réflexion qui doit prendre place dès le début de la transition démocratique. Or, dans nombre de cas, si l'accord se fait - au moins théoriquement - autour de la nécessité d'examiner les violations passées, les droits des victimes sont rejetés au second plan. Les raisons en sont souvent les mêmes : manque d'organisation et de représentation des victimes ; concentration des poursuites autour des auteurs ; notion de justice limitée à la punition des coupables… pour ne citer que les plus fréquentes.

La Constitution offre pourtant un terrain favorable à la garantie des droits des victimes. Si aucun régime spécifique n'est prévu durant la transition, les victimes arguent souvent de leurs droits constitutionnels nouveaux pour réclamer qu'un certain nombre de mesures en faveur de la justice soient prises.

(Le droit au recours) – Déjà évoqué précédemment dans le cadre des droits généraux, la question du contenu du droit au recours se pose à l'égard des victimes dans un cadre post-conflictuel de façon très concrète. Comment le droit à voir « sa cause entendue » peut-il être garanti ? La question fondamentale repose ici sur le contenu du droit. Peut-on admettre que le contenu d'un droit fondamental constitutionnellement garanti soit modulable dans ses expressions lorsqu'il s'agit de traiter un ensemble de situations qui se sont produites en période de circonstances exceptionnelles ? Si la question peut juridiquement paraître *a priori* incongrue, elle ne l'est pas lorsque l'on envisage la complexité des circonstances et la nécessité d'adapter le contenu du droit à son effectivité. La réponse que propose la justice

[15]V. en ce sens par exemple, L. Fernandez "Possibilities and limitations of reparations for the victims of human rights violations in South Africa" p.65 in *Confronting Past Injustices - Approaches to amnesty, punishment, reparation and restitution in South Africa and Germany* (sous la dir. de M. Rwelamira et G. Werle), Human Rights and Constitutional Law Series of the Community Law Centre, F. Ebert Stiftung, Butterworths, Durban, 1996.

transitionnelle à l'égard du droit au recours des victimes constitue donc une concrétisation de ce droit.

Que peut donc apporter la Constitution dans la mise en œuvre de ce droit au sein d'un processus de justice transitionnelle ? L'idée consiste ici à considérer que l'instauration de la justice transitionnelle n'est pas exempte de contraintes et que le cadre constitutionnel peut favoriser un encadrement adapté de ce processus.

Les victimes des violations graves ou massives aux droits fondamentaux commises durant le conflit ou la période troublée sont généralement démunies lorsqu'on leur demande ce qu'elles attendent de la justice dans une période post-conflictuelle. Elles attendent en tout premier lieu de connaître la vérité ainsi que les responsables directs et indirects de ces violations. Sans ces éléments de connaissance de la vérité et des responsabilités, elles considèrent que le processus constitue un échec. À titre de contre-exemple, un auteur de violations des droits fondamentaux qui serait condamné tout en niant sa responsabilité et en refusant de reconnaître les faits ne satisferait pas les victimes qui attendent autre chose que des dénégations. Cet exemple classique démontre que le contenu du droit au recours en période post-conflictuelle n'est pas uniquement formel mais surtout matériel. Il est donc indispensable de créer un système qui réponde à cette attente première des victimes.

Le droit au recours inclut également le droit de pouvoir poursuivre pénalement les auteurs des violations. La rationalité du processus implique toutefois d'évaluer la faisabilité de tels procès pénaux. Si dans l'absolu ces procès « extraordinaires » par leur contexte et la nature des crimes sont hautement souhaitables, ils ne sont pas nécessairement possibles car ils impliquent le respect d'une procédure lourde et contraignante qui garantit l'égalité des armes et le droit au procès équitable. Le droit au recours doit être un droit effectif et en période post-conflictuelle, il ne peut l'être individuellement que si chaque violation grave est susceptible de recevoir une réponse[16]. En l'absence d'une réponse classique de type pénale ou civile, il est nécessaire d'imaginer des solutions nouvelles. La justice transitionnelle non judiciaire tente de répondre à ce besoin même si l'on peut considérer qu'il s'agit d'une réponse imparfaite. Concrètement, il faut qu'un certain nombre de « procès- phares » (ceux

[16] Cela signifie notamment que le déroulement de procès emblématiques ne correspond généralement qu'au traitement d'une petite partie des violations qui ont été commises à grande échelle. Cela laisse au processus de justice transitionnelle le soi d'articuler les poursuites judiciaires et les poursuites non-judiciaires.

des primo-responsables) soient organisés mais il faut également tenir compte de la difficulté que comporte cet exercice.

La justice transitionnelle peut donc être perçue comme une forme de mise en œuvre du droit au recours dans un contexte particulier par laquelle chaque personne qui se sent potentiellement victime peut recevoir une réponse -même imparfaite- aux questions qu'elle se pose. On peut donc estimer que la justice transitionnelle peut s'adosser sur le renouveau constitutionnel pour asseoir sa légitimité.

(Le droit à réparation) – À côté du droit au recours, le droit à réparation est également invoqué par les victimes. Ce dernier n'est pas toujours constitutionnalisé mais il peut être considéré comme une conséquence indispensable de la violation des droits. Le problème généré par le caractère massif et systématique de la violation des droits repose sur la difficulté de considérer les réparations du seul point de vue matériel ou financier. Les réparations dans les processus de justice transitionnelle obéissent à une logique autre que celle de la seule compensation. À travers les politiques de réparation mises en place, ce n'est pas seulement la considération individuelle qui est faite au profit de la victime dont il est tenu compte mais également les conséquences collectives qu'a eu la violation massive et systématique de ces droits sur l'ensemble des populations vulnérables, voire de l'ensemble de la population. Les politiques de réparation prennent en considération l'ensemble des droits fondamentaux qui ont été méconnus, que leur méconnaissance ait été individuelle ou collective !

Les réparations dans le cadre de la justice transitionnelle visent globalement trois aspects qui dépassent l'indemnisation classique des préjudices subis. Elles visent à intégrer d'une part les dommages directs et indirects, d'autre part, les réparations symboliques et enfin, les politiques de réparation concernant non seulement les individus directement touchés mais également les groupes qui ont été indirectement atteints et qui ne peuvent prétendre au statut de victime. Les politiques de réparation dépassent donc une compensation purement comptable des conséquences induites par la violation des droits fondamentaux pour intégrer un volet plus prospectif de la reconstruction et permettre aux différentes catégories de victimes – qui restent généralement dans une situation précaire – de prendre un nouveau départ dans la société qui leur a reconnu ce statut[17]. Le format de cette contribution interdit de

[17] J. Sarkin "Carrots and Sticks: The TRC and the South African Amnesty Process",

détailler l'ensemble de ces aspects mais ils permettent de comprendre le lien indispensable que les réparations ont avec la reconstruction. Cet aspect des réparations est complexe et dépasse la stricte définition des réparations qui visent à « remettre en état » une situation antérieure. Dans le cadre de la justice transitionnelle, les réparations ne se limitent pas à la reconstitution du passé mais incluent également une préparation de l'avenir. En cela, elles atteignent une autre dimension que celle qui leur est classiquement reconnue et offrent aux victimes – groupe ici largement entendu – une chance de construire l'avenir et de réintégrer une société dont elles avaient été exclues. Au regard des droits fondamentaux, les réparations dans le cadre de la justice transitionnelle se rattachent autant aux droits de procédure qu'aux droits substantiels. Et si l'on parle de « politiques de réparations », ces dernières se rattachent finalement davantage au principe d'égalité et aux politiques de discrimination positive ainsi qu'à une protection du principe de dignité qu'un à une compensation hypothétique au profit d'un groupe dont il est parfois difficile de cerner les contours.

Le droit à réparation des victimes est donc un droit complexe qui possède sa propre autonomie dans la logique de la reconstruction post-conflictuelle. L'examiner au seul regard du droit à compensation tel qu'il est conçu en période de paix est trompeur et réducteur de son ancrage constitutionnel. L'importance que revêt la réparation pour les victimes dans le cadre de cette recherche du droit à la justice est centrale et démontre à quel point la notion de justice ne peut être réduite à la seule sanction des coupables. Si sanction il doit y avoir, la question des modalités de cette sanction ainsi que l'attitude de l'auteur des violations au regard de la victime démontrent que la seule privation de liberté des coupables ne peut pas être la seule action menée par les pouvoirs public en faveur de la justice.

(La responsabilité du nouvel État au regard des violations passées) – Dépassant le seul rapport du bourreau et de la victime, la justice transitionnelle impose également une recherche sur les relations qu'entretient le nouvel État avec les victimes. Le nouveau contrat constitutionnel amène souvent les États à vouloir éluder leur responsabilité et à considérer que les questions de justice reposent sur le gouvernement antérieur de crise ou de conflit. En conséquence, leur tentation naturelle consiste à rejeter toute idée de responsabilité propre pour considérer que si justice il doit y avoir, les réparations ne peuvent provenir que des responsables et des coupables mais non du nouveau gouvernement démocratique. Cette réaction

peut à première vue s'expliquer mais elle ignore (délibérément ?) que les responsables et coupables ne peuvent à eux seuls assumer la totalité des réparations. Cette attitude est donc politiquement inacceptable mais elle l'est également juridiquement. En effet, la protection des droits fondamentaux, et plus particulièrement dans le cas de la justice transitionnelle, la protection des droits antérieurement examinés fait peser sur l'État une obligation de mise en œuvre de ces droits au rang desquels la responsabilité figure. La continuité de l'État, l'obligation de mise en œuvre concrète des droits fondamentaux confèrent au droit à la justice une obligation qu'il lui est impossible d'ignorer. En assurant aux victimes la garantie des réparations, le nouveau gouvernement démocratique ne fait qu'assumer son rôle de garant des droits fondamentaux qui viennent d'être consacrés par le texte constitutionnel. Le refus d'assumer une telle responsabilité constituerait une incohérence juridique. De surcroît, cette obligation juridique risquerait fortement de ne pas être comprise politiquement par les victimes. On peut ici déceler une forme de responsabilité sans faute de l'État par laquelle le nouveau gouvernement reconnaît aux victimes la concrétisation des droits qui viennent de leur être reconnus. Cette démarche est importante tant au niveau de l'État de droit que du discours sur ce même État de droit.

3. La justice transitionnelle dans le processus de reconstruction de l'État

(Lien entre la justice transitionnelle et la reconstruction de l'État) - Si la justice transitionnelle est devenue un élément incontournable dans le discours de la reconstruction, elle est également – et au-delà de l'engouement ou du rejet immédiat qu'elle suscite – une source de réflexion sur la reconstruction de l'État et de l'État de droit. Les effets immédiats de la justice transitionnelle – vérité, réparation, sanction – ne doivent pas occulter ses effets médiats, plus hypothétiques mais qui permettent de réfléchir sur cet objectif de réconciliation si souvent mis en avant dans ce type de processus. Si l'on accepte de définir la réconciliation comme *l'acceptation par les anciens adversaires de vivre ensemble dans un esprit de respect mutuel*, la réconciliation ne se décide pas, elle s'observé ! La justice transitionnelle ne peut la garantir. Elle ne représente qu'un moyen de faciliter ce but et il ne faut guère en surestimer la portée. Toutefois, au-delà de cette ambition, les processus de justice transitionnelle permettent également de légitimer le nouvel État de droit. À travers le traitement adapté de la « justice post-conflictuelle », la nouvelle société démocratique recherche non seulement une réponse en termes d'identification des

responsabilités mais également une reconnaissance indispensable de sa capacité à faire respecter les nouvelles normes.

Les réflexions qui suivent s'inscrivent dans cette démarche prospective et constituent une fois encore, davantage des interrogations soumises à discussion qu'une série d'affirmations.

(L'inclusion du processus de justice transitionnelle dans la procédure de reconstruction du nouvel État) – Le premier élément de cette reconstruction repose sur l'intégration du processus de justice transitionnelle dans une démarche globale de la reconstruction de l'État de droit. Les premières expériences de justice transitionnelle ont démontré qu'il n'existait pas de véritable réflexion globale sur la transition et que la reconstruction consistait à prendre les sujets les uns après les autres sans réflexion préalable sur les interactions que ces différents processus pouvaient ou devaient entretenir entre eux[18]. Ce furent souvent des semi-échecs car les répercussions des actions entreprises les unes sur les autres n'avaient pas été mesurées et la justice faisait souvent figure de parent pauvre en raison (pensait-on !) de son caractère moins urgent.

La justice transitionnelle ne peut plus se passer d'une intégration dans le processus de reconstruction. Concrètement cela signifie d'une part que la question de la justice doit être traitée sur un pied d'égalité avec les autres éléments clefs de la reconstruction, et d'autre part, que le processus doit être inclus dans le processus constitutionnel si celui-ci comporte des mécanismes de transition. Il nous semble que la constitutionnalisation de la justice transitionnelle - non dans ses moindres détails mais dans son principe ! – constitue un atout crucial pour que ses chances de succès soient optimales. En effet, la constitutionnalisation permet d'une part de reconnaître l'existence et les grands principes de cette forme de justice temporaire mais également d'empêcher qu'au cours de la période de transition, le cadre initial de cette forme de justice ne soit remis en cause. L'un des défis de la justice transitionnelle passe en effet par sa stabilité et la solidité de sa construction pour pouvoir être reconnu comme une véritable œuvre de justice et la Constitution peut lui permettre d'atteindre ce but.

---

[18] L. Huyse *Amnistie, commissions de vérité ou poursuites*, in "Construire la paix sur le terrain – mode d'emploi " (sous la dir. de L. Reychler et T. Paffenholz), coll. Les livres du GRIP, éd. GRIP-Complexe, 2000 ; v. égal. X. Philippe *" La justice dans les Constitutions de transition : régime dérogatoire ou justice d'exception ? "*, *Pouvoirs* 2000-n°95, p. 159.

(Reconnaissance interne et reconnaissance extérieure du processus de justice transitionnelle) – La réputation controversée de la justice transitionnelle est souvent mise en avant pour considérer qu'il s'agit pas d'une véritable justice[19] mais d'une négociation déguisée d'amnistie ou à l'inverse d'un processus qui permet de stigmatiser un ou plusieurs groupes au sein de la population pour les écarte systématiquement de toute fonction faisant penser à une sorte de revanche. Si ces écueils sont bien réels, il faut prendre garde de ne pas amalgamer l'ensemble de ces processus de justice transitionnelle et réfléchir sur les causes des échecs passés.

Que la justice transitionnelle ne doive pas constituer une porte ouverte à une parodie de justice constitue une évidence. Les principes sur lesquels ces processus sont établis doivent être transparents et loyaux et respecter les principes tant internes qu'internationaux qu'imposent la justice et la lutte contre l'impunité[20] dans un environnement post-conflictuel. L'expression « justice transitionnelle » accolée à certains processus ne doit pas abuser s'ils ne satisfont pas à ces exigences. Celles-ci sont d'ailleurs parfaitement connues et correspondent au triptyque de la justice transitionnelle : « vérité, réparation, responsabilité ». Dès lors, les processus qui s'opposeraient à ces dernières ne peuvent être considérés comme acceptables pour l'État de droit. La Constitution doit offrir ces garanties et empêcher que le processus ne se transforme en amnistie déguisée ou en prétexte à une absence de poursuites. Ceci est indispensable pour que le processus apparaisse en interne comme une véritable œuvre de justice. On peut d'ailleurs ici considérer que la justice transitionnelle - au sens où elle est définie aujourd'hui - permet la mixité des solutions et qu'à côté des procès pénaux des principaux responsables, les processus extraordinaires des commissions « Vérité et réconciliation » doivent coexister pour que l'ensemble des violations passées soit apprécié dans sa globalité.

Une autre interrogation souvent évoquée concerne l'acceptabilité de ces processus de justice transitionnelle à l'extérieur du cadre où ils se déroulent. La communauté internationale - bien qu'hors du propos de cette contribution – regarde ces processus tantôt avec scepticisme, tantôt avec enthousiasme. Quelle valeur juridique intrinsèque un processus de justice transitionnelle possède-t-il ? En s'inscrivant dans

---

[19] D. Orentlicher *Settling Accounts: The duty to Prosecute Human Rights of a Prior Regime* (1991) 100 Yale Law Journal 2537

[20] Louis Joinet, annexes à son rapport final « L'administration de la justice et les droits de l'homme des détenus : Question de l'impunité des auteurs des violations des droits de l'homme (civils et politiques) » E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1, 2 octobre 1997, définit 42 principes connus sous le nom « Les Principes de Joinet ».

le processus de reconstruction de l'État dans une période post-conflictuelle, on peut tout d'abord considérer qu'il y a là un acte de souveraineté qui s'impose aux autres États s'il respecte les standards internationaux auxquels l'État est lié. Si tel est bien le cas, le processus doit être considéré –malgré ses imperfections liées à l'exceptionnalisme de la situation- comme un processus satisfaisant aux exigences de justice. Cette situation est d'ailleurs corroborée par l'article 53-2 du Statut de la Cour pénale internationale qui reconnaît au procureur de la CPI la possibilité de ne pas poursuivre s'il estime que les poursuites ne relèvent pas de l'intérêt de la justice[21]. En d'autres termes, le procureur doit apprécier la loyauté et la complétude du processus pour vérifier s'il ne s'agit pas d'une forme de justice déguisée. Mais si tel n'est pas le cas, il y a de fortes chances pour que le processus soit considéré comme acceptable. La justice transitionnelle est donc davantage appréciée aujourd'hui dans les manifestations et formes qu'elle prend plus que dans le principe qu'elle véhicule d'une justice extraordinaire pour juger de crimes et de violations qui ne le sont pas moins. Il n'en reste pas moins que la question continue à alimenter le débat. Faut-il considérer que cette situation est satisfaisante ou au contraire chercher à inscrire plus clairement les principes directeurs de cette articulation entre les solutions nationales et la répression des crimes internationaux ? Cela mérite assurément débat.

(La justice transitionnelle comme fondement de la protection future des droits fondamentaux) – La justice transitionnelle reste un processus anormal et transitoire qui s'affranchit de ce que l'État de droit exige de la protection des libertés fondamentales en période normale. En quoi ce processus peut-il aider à mieux implanter le nouvel État de droit ? L'idée défendue ici consiste à considérer que le passage au respect de la norme par tous les sujets de droit, publics ou privés, impose de ne pas ignorer l'existence de violations graves et répétées durant le conflit et que l'imperfection de la réponse est préférable à une absence de réponse. On

---

[21] Art.53.2 - Si, après enquête, le Procureur conclut qu'il n'y a pas de motifs suffisants pour engager des poursuites :
a) Parce qu'il n'y a pas de base suffisante, en droit ou en fait, pour demander un mandat d'arrêt ou une citation à comparaître en application de l'article 58;
b) Parce que l'affaire est irrecevable au regard de l'article 17; ou
c) Parce que poursuivre ne servirait pas les intérêts de la justice, compte tenu de toutes les circonstances, y compris la gravité du crime, les intérêts des victimes, l'âge ou la déficience de l'auteur présumé et son rôle dans le crime allégué;
Il informe de sa conclusion et des raisons qui l'ont motivée la Chambre préliminaire et l'État qui lui a déféré la situation conformément à l'article 14, ou le Conseil de sécurité s'il s'agit d'une situation visée à l'article 13, paragraphe b).

pourrait dans l'absolu rester sur une ligne dure et exiger que toutes les violations commises fassent l'objet de sanctions tant des auteurs que des organisations qui les ont poussé ou obligé à commettre ces violations. Cette solution obligerait toutefois à constater que dans la quasi-totalité des cas, aucune poursuite ni condamnation ne serait engagée. La lutte contre l'impunité de droit déboucherait sur une quasi-impunité de fait. En décidant d'engager un processus de justice transitionnelle, l'État cherche au contraire à apporter une réponse concrète et effective à ce besoin de justice qui démontre sa volonté de répondre à cette demander et de s'engager dans une voie praticable. Si le respect de certaines règles fondamentales est impératif, les choix possibles restent multiples et peuvent tenir compte de la variété des contextes. Il s'agit donc d'une solution raisonnée et raisonnable mais également d'un pari sur l'avenir. En démontrant sa volonté de répondre aux exigences de justice, le nouvel gouvernement démocratique devient plus crédible : il s'approprie non seulement le processus de justice transitionnelle mais il illustre également sa capacité à agir de façon responsable pour l'avenir. Certes, ceci impose de faire œuvre de communication mais la garantie ultérieure des droits fondamentaux sera influencée par cette capacité de réponse que le régime de transition aura fournie. L'enjeu dépasse donc le seul processus de justice transitionnelle et façonne l'interprétation future des droits fondamentaux qui pourront difficilement se passer d'une référence à l'histoire.

***

Au terme de ce survol, il nous semble que les rapports entre le droit constitutionnel et la justice transitionnelle mériteraient d'être encore approfondis et mieux pris en compte dans les processus de transition démocratique. Que ce soit à l'égard des droits fondamentaux ou de la gestion de la transition, la Constitution issue des transitions démocratiques est un atout pour la justice transitionnelle. De nouveaux sujets de recherche devraient permettre d'affiner encore ces remarques sommaires sur la réalisation du « droit à la justice » dans les périodes post-conflictuelles. L'aspect très souvent empirique de la justice transitionnelle n'a pas toujours permis de mettre en évidence ces liens. L'objet de cette contribution consiste précisément à inviter à poursuivre cette réflexion.